

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 41/2019

RESOLUCIÓN Nº.- 43/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO
DE SEVILLA**

En Sevilla, a 2 de octubre de 2019.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, interpuesto por J.M.L.S, en nombre y representación de TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. y A.B.D.D., en nombre y representación de TRACASA S.A., representando ambos a la UTE THEMIS ARQUEOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA, contra la exclusión resuelta por la Mesa única de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla, en relación con la contratación del “**Servicio de exhumación, preservación y custodia de restos óseos y muestras biológicas de la Fosa Pica Reja del cementerio San Fernando de Sevilla.**”, Expediente 2019/000400, tramitado por el Servicio de Participación Ciudadana, este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de julio de 2019 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Anuncio y los Pliegos del Contrato de servicios referido, mediante procedimiento abierto, y por un valor estimado de 999.999,9 €. En la misma fecha se publica el preceptivo anuncio en el DOUE, el cual fue remitido el día 15 anterior.

Conforme al Anexo I al PCAP, cláusula 1, relativa a la Definición del objeto y características del contrato, constituye su objeto el “Servicio de exhumación, preservación y custodia de restos óseos y muestras biológicas de la Fosa Pica Reja del cementerio San Fernando de Sevilla”, objeto que se describe en el apartado 5 del Pliego Técnico, en el que se desarrollan las Fases de Actuación, en los siguientes términos:

“Las actuaciones que conlleva la contratación del servicio de exhumación e identificación genética de la Fosa Pico Reja del cementerio San Fernando de Sevilla están enmarcadas en el Protocolo Andaluz de actuación en exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil y la Posguerra y deberá desarrollar las siguientes fases:

FASE 1: Investigación Exhumatoria.

La empresa adjudicataria, previo al conocimiento de la ubicación y características de la fosa, elaborará un **Proyecto de Intervención exhumatoria** que incluya tanto la prospección del entorno de la fosa como la propia exhumación. En dicho proyecto se incluirán la descripción de los trabajos, la metodología y la aplicación de técnicas propias del procedimiento arqueológico. En todos los casos arbitrarán las autorizaciones y permisos que este tipo de labores requiere la ley.

La fase de investigación exhumatoria abarca las siguientes actuaciones:

1.1. Prospección para la localización exacta tras las investigaciones preliminares. Delimitación en planta de la fosa, establecimiento del perímetro para garantizar la protección.

1.2. Protección preventiva de la fosa. Para ello se instalará un vallado metálico anclado, cerrado, practicable bajo llave y cubierto con rafia. Se instalarán carpas de protección como garante de los trabajos y preservación de los restos a exhumar.

1.3. Excavación arqueológica: limpieza de la fosa, delimitación de individuos, delimitación de la fosa en planta y profundidad y secuenciación de trabajos de exhumación.

1.4. Intervención directa sobre los restos encontrados. Mediante la excavación e identificación directa e individualizada de los cuerpos se determinará si son o no víctimas de la Guerra Civil y la dictadura franquista.

1.5. Exhumación de restos. Requerirá la identificación, documentación, análisis de campo, registro de huellas de violencia, exhumación, extracción individual de cada cuerpo o resto según establece el Protocolo de Exhumaciones recogidos en la orden 7 de septiembre de 2009 al que nos referimos en el apartado 1.

1.6. Trabajos de antropología forense. Estos trabajos implicarán la determinación del sexo, estimación de edad, medición de huesos concretos, realización de fichas de inventarios, fichas odontológicas, patologías y/o anomalías. Estos trabajos lo realizará un perfil profesional especializado en la antropología forense o medicina forense.

1.7. Análisis antropológico individualizado. Este trabajo se realizará en laboratorio a fin de obtener datos primarios no observados en campo. Estos resultados se contrastarán con el estudio documental y fichas de datos de la fase 1 (investigaciones preliminares).

1.8. Adopción de medidas de conservación y protección necesarias para preservar los restos óseos y análisis de ADN. Se habilitará un espacio apropiado para el depósito de restos óseos hasta que finalice el proceso de identificación.

1.9. Difusión e información de los trabajos para el conocimiento general de las personas interesadas.

1.10. Presentar Informes descriptivos. La empresa adjudicataria deberá presentar informes por cada una de las actuaciones de la Fase 1 "Investigación Exhumatoria".

FASE 2: Informe final

La empresa adjudicataria deberá entregar un Informe final que recoja, a modo de síntesis y conclusiones, la secuencia de los trabajos.

Por otro lado, deberá presentar un Documental, de aproximadamente 20 minutos, que refleje los trabajos realizados y conclusiones obtenidas. La elaboración, formato y presentación del mismo se realizará siguiendo instrucciones del Ayuntamiento de Sevilla.

FASE 3: Destino final de los restos y restablecimiento de la fosa a su estado original.

Una vez estudiado e identificado los restos, y en función de los resultados obtenidos, se procederá a una de las siguientes opciones:

- Sobre restos identificados: Se respetará el deseo de las familias.

Aquellas familias que expresen el deseo de retirar/trasladar el cuerpo del familiar fuera del columbario se hará cargo de los costes y gestiones establecidos en la normativa a tal efecto.

- Sobre los restos no identificados y/o que los familiares expresen deseo de permanecer en el mismo lugar de origen: Se inhumarán en un lugar autorizado con indicaciones técnicas adecuadas para futuras identificaciones.

Tras finalizar los trabajos exhumatorios, se repondrá el espacio como lugar expositivo y explicativo, desde un punto de vista histórico, en el que se recoja lo acontecido en la fosa, los trabajos realizados así como el significado histórico de la Fosa Pico Reja.

La colocación de los cuerpos se repondrá en un columbario, preferentemente en superficie, manteniendo un orden y organización que permita fácilmente futuras exhumaciones.

La empresa adjudicataria deberá presentar una propuesta de reconstrucción del espacio que incluya un columbario de homenaje a las víctimas así como las cuestiones establecidas en la fase 3 del pliego.

La empresa adjudicataria entregará un informe detallado de los trabajos acometidos en la fase FASE 3: "Destino final de los restos y restablecimiento de la fosa a su estado original" en el que se recojan y describan los trabajos realizados en esta fase."

SEGUNDO.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas, los licitadores que han presentado proposición, dentro del plazo habilitado para ello en el Registro General de Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, según consta en la diligencia expedida por el funcionario responsable del citado Registro, son:

.- ARANZADI SOCIEDAD DE CIENCIAS

.- UTE TRABAJOS CATASTRALES, S.A. – TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A.

TERCERO.- Por el Servicio de Participación Ciudadana, facultado por la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el día 24 de marzo de 2015, se procede a la apertura del sobre n 1 (documentación general), examen, comprobación y requerimiento, en su caso de las subsanaciones que procedan, en relación con la documentación administrativa aportada por los licitadores que han presentado oferta en la presente licitación.

En sesión celebrada el 29 de agosto, la Mesa de Contratación toma conocimiento y asume el contenido del informe emitido por la Jefa de Servicio de Participación Ciudadana, informe de calificación de la documentación general, conforme al cual, según consta en el Acta, a la que el mismo se incorpora literalmente "*En el caso de las entidades integrantes de la UTE, TRABAJOS CATASTRALES, S.A. – TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A., además de cumplimentar correctamente la documentación exigida en el Anexo I del PCAP, aportan los documentos justificativos de la declaración (DEUC).*

Examinada la misma se observa que el objeto social de dichas entidades que aparece reflejado en la Certificación de Inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no ampara las actividades de las prestaciones de las distintas fases que comprende el objeto del contrato, según figura en el apartado 1 del Anexo I del PCAP ("Servicio de exhumación, preservación y custodia de restos óseos y muestras biológicas de la Fosa Pica Reja del cementerio San Fernando de Sevilla") y apartado 5 "Actuaciones" del pliego de prescripciones técnicas en los siguientes términos:

(...)

Cursado requerimiento para la subsanación de dicha incidencia, mediante aportación de escritura de modificación del objeto social que ampare las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), las empresas integrantes en

la UTE aportan la siguiente documentación:

- Certificado emitido por el Secretario del Consejo de Administración de TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A., del acta de la reunión celebrada el 15 de julio de 2019 por la Junta General Extraordinaria de la entidad en la que se acordó la ampliación del objeto social para dar cobertura a las prestaciones del contrato, sin que conste acreditación de inscripción de dicha modificación en el Registro Mercantil.

- A dicho certificado acompaña escrito en el que alegan lo siguiente: “Que, por un lado, TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A., adoptó, entre otros acuerdos, en la sesión de su Junta General de Accionistas de fecha 15 de julio de 2019 el de ampliar el alcance de su objeto social para recoger diversas actividades que no se encontraban contempladas en sus anteriores estatutos; dicho acuerdo se encuentra en proceso de elevación a público, sin haber concluido a la fecha del presente, pero lo hará a la mayor brevedad posible. Se entrega copia del certificado del contenido de los acuerdos adoptados en dicha sesión de la Junta General.”

- Fuera del plazo otorgado para la subsanación aportan elevación a público de los acuerdos adoptados con fecha 27 de agosto de 2019.

A la vista de la documentación presentada procedería entrar a examinar si la UTE, TRABAJOS CATASTRALES, S.A. – TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. tiene o no capacidad para contratar en el procedimiento concreto en el que nos encontramos.”, concluyendo que procede la exclusión, con fundamento en los art. 65 y 84 LCSP, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, apartado b) del artículo 23, Informes de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y Resoluciones del Tribunal Central de Resolución de Conflictos Contractuales, señalando que dicho requisito de capacidad deberá concurrir a la finalización del plazo de presentación de proposiciones (19 de agosto a las 14:00 horas) tal y como dispone el art. 140.4 de la LCSP: “Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.

Añade el informe que “En el escrito de alegaciones que acompaña a la documentación aportada en el plazo de subsanación, ambas entidades reconocen que no es posible acreditar la concurrencia de las circunstancias relativas a la capacidad conforme a lo exigido en la normativa expuesta, al encontrarse el acuerdo de ampliación del objeto social en proceso de elevación a público.

Visto lo anterior, no puede estimarse las pretensiones de las empresas TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. y TRABAJOS CATASTRALES, S.A., de admitir la documentación aportada en periodo de subsanación, consistente en la ampliación del objeto social para dar cobertura a las prestaciones objeto de contratación, puesto que, si bien dicho acuerdo fue adoptado antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones, no cumplía con el requisito de inscripción en el Registro Mercantil que exige la normativa vigente (art. 290 del art. 290 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y el art. 84 de la LCSP).

En consecuencia, (...) se propone a la Mesa de Contratación:

Excluir de la licitación a la UTE integrada por UTE, TRABAJOS CATASTRALES, S.A. – TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. al no acreditar la concurrencia de la capacidad de obrar exigida para la realización del objeto del contrato conforme a lo señalado en el art. 84 de la LCSP, en la fecha final de presentación de ofertas.”, exclusión que la Mesa acuerda en la sesión citada, como en el Acta consta.

En la misma sesión de referencia, se recoge la intervención del representante de TCA, CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A., el cual *"manifiesta que el procedimiento de licitación presenta graves irregularidades que contravienen lo establecido en la normativa de contratación. En este sentido, añade que formuló cuestiones sobre diversas dudas que planteaba el pliego que no han sido contestadas a través de la Plataforma de Contratación. Igualmente, muestra su desacuerdo con el plazo de subsanación de tres días naturales que le fue concedido, entendiéndolo que dicho plazo debe referirse, en todo caso, a días hábiles. Finaliza su intervención, indicando que ha presentado en el Registro General la elevación a público de los acuerdos sociales de modificación del objeto social y, su intención de formular recurso al estar en desacuerdo con el motivo de la exclusión de su oferta."*

CUARTO.- Con fecha 2 de septiembre, se notifica al recurrente la resolución de la Mesa por la que se acuerda la exclusión, según manifiesta el mismo en su escrito, *"notificación resumida vía correo electrónico (...); y la cual, a su vez, fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 4 de septiembre de 2019"*.

Con fecha 20 de septiembre de 2019, se presenta escrito en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, por J.M.L.S, en nombre y representación de TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. y A.B.D.D., en nombre y representación de TRACAS S.A., representando ambos a la UTE THEMIS ARQUEOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA, contra la exclusión resuelta por la Mesa única de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla, el 29 de agosto de 2019, adjuntándose como documentación que acompaña al escrito de interposición del recurso la copia de la notificación recibida, así como la copia del Acta de la sesión de la Mesa.

QUINTO.- Por este Tribunal, con fecha 23 de septiembre, se comunica a la unidad tramitadora del expediente, la interposición del recurso, solicitando a ésta la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. Con fecha 23 de septiembre, se da traslado del recurso a la otra licitadora interesada, a fin de que pueda efectuar alegaciones. La documentación remitida por parte de la citada unidad tiene entrada el 27 del presente, ampliándose con fecha 30 de septiembre, oponiéndose al recurso formulado.

SEXTO.- Con fecha 23 de septiembre, se presenta escrito en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, por parte de la representación de la recurrente solicitud en orden a anexar al escrito de interposición del recurso, la copia de solicitud de acceso al expediente, presentada y dirigida a la Mesa de Contratación con fecha 3 de septiembre.

SÉPTIMO.- A la fecha de la presente Resolución, no se han recibido alegaciones

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) *La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.*

f) *Los acuerdos de rescate de concesiones.*

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.1, se concluye la posibilidad de recurrir, interponiéndose el recurso contra la exclusión acordada por la Mesa, acto susceptible del mismo conforme al apartado 2.b del artículo 44.

En relación a **la legitimación**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, y a salvo de lo que más adelante se verá, podría entenderse, que la recurrente se encuentra legitimada.

TERCERO.- Entrando ya en los argumentos del recurso, la recurrente solicita:

1º.- Concesión de acceso al expediente y plazo adicional para completar, si lo estima oportuno el recurso, al amparo de lo dispuesto en el art.52.1 LCSP, dado que su solicitud de acceso al órgano de contratación no ha sido atendida.

2º.- Declaración de nulidad de las actuaciones y retroacción del procedimiento al momento previo a la presentación de las ofertas, por vicios de éste, los cuales concreta en:

-las respuestas a las consultas realizadas han sido poco claras y no se han publicado en el Perfil del Contratante, no respetándose las garantías básicas de transparencia, obligación de información a los licitadores y acceso en condiciones de igualdad, produciéndole indefensión.

-el plazo de tres días indicado en el requerimiento de subsanación no debió ser de días naturales, sino hábiles, considerando, además la imposibilidad de dar cumplimiento al mismo en la práctica.

Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se dirige contra el acuerdo de exclusión de la UTE recurrente, la cual se fundamenta en la no acreditación de la capacidad de obrar por falta de vinculación con el objeto del contrato del objeto social de la recurrente. En el recurso se hacen otras alegaciones en relación con cuestiones que no fueron objeto del acuerdo de exclusión y a las que no se atribuye ninguna consecuencia relacionada con la exclusión en el *petitum* del recurso.

Nada alega el recurrente, sin embargo, en orden a defender su capacidad de obrar, ni argumenta ni rebate los detallados razonamientos contenidos en el informe que se incorpora al acta, los cuales no desvirtúa, haciendo alusión únicamente a su disconformidad con el plazo concedido para la subsanación.

El hecho de que solicite el acceso al expediente, podría hacer pensar que la falta de oposición al recurso tiene su origen en el desconocimiento por el recurrente de la información necesaria para plantear el recurso, de ahí que no plantee oposición a los motivos de exclusión y solicite, en base al art. 52, dicho acceso en sede de recurso.

El órgano de contratación, por su parte:

- se opone al recurso, defendiendo la denegación de acceso, por cuanto que *“no existen más datos de interés que los ya conocidos por el recurrente, de tal manera que dicho acceso resulte materialmente innecesario y del mismo sólo pueda resultar un retraso injustificado e innecesario en la resolución del recurso que nos ocupa.*

En el presente caso, el informe de valoración, del que tenía conocimiento la recurrente a la hora de formular recurso como queda acreditada en la documentación anexa que acompaña al recurso, en concreto, el acta de la Mesa de Contratación de calificación del sobre nº 1, de fecha 29 de agosto de 2019, que incluye el tenor literal del informe de la Jefatura de Servicio que sirvió de motivación a la resolución de exclusión de la UTE (TACSA_TRACASA), era más que suficiente para conocer los motivos y razonamientos que han llevado a la Mesa de Contratación a excluir del proceso licitatorio a la entidad recurrente.”

- Defiende la no concurrencia de las causas que motivarían la apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas, señalando que, si bien es cierto que no se publicaron en el perfil, las consultas fueron respondidas vía correo electrónico, y las aclaraciones realizadas han supuesto únicamente una ratificación del contenido de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, tratándose de simples aclaraciones que, en ningún caso hubieran supuesto una modificación de los pliegos, lo que sí habría legitimado la concesión de un nuevo plazo.

Asevera el órgano de contratación, que las consecuencias que la recurrente pretende atribuir a la falta de contestación a través del perfil del contratante de las cuestiones por ella formulada, como es la apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones, máxime cuando las aclaraciones fueron respondidas por correo electrónico, y dado que la causa de exclusión de la licitador ha sido la falta de capacidad de obrar para la realización del objeto del contrato podría interpretarse como mala fe, *“dado que la apertura de un nuevo plazo le daría la oportunidad de ultimar los trámites para cumplir con el trámite prescrito por el precitado artículo, como es la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de ampliación del objeto social.”*

- Estima ajustado a derecho el plazo de subsanación de tres días naturales concedido, de conformidad con lo establecido no sólo en la cláusula 9.2.1. del PCAP, sino también con lo prescrito en el artículo 141 de la LCSP y su disposición adicional duodécima, así como el artículo 30 de la Ley 39/2015, que exige que la naturaleza del plazo habilitado para la subsanación se haga constar en el propio texto de la notificación.

Lo hasta aquí expuesto determina, en primer lugar, la necesidad de pronunciarnos sobre la solicitud de acceso formulada a este Tribunal.

CUARTO.- Conforme al art. 52 de la LCSP, en el que se regula el *“Acceso al expediente”* :

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.”

El citado precepto, garantiza el acceso al expediente con el objeto de que los licitadores puedan en su caso, interponer el recurso especial en materia de contratación con todos los elementos de juicio necesarios para la defensa de sus intereses, con el límite de la declaración de confidencialidad prevista en la propia LCSP.

Invocando el artículo 16 del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la recurrente presentó escrito de fecha 3 de septiembre de 2019, dirigido a la Mesa de Contratación/Entidad adjudicadora, solicitando la vista del expediente, sin expresión concreta y detallada de los documentos que deseaba examinar.

El Tribunal constata que, efectivamente, la recurrente presentó en el Registro del órgano de contratación, la solicitud de acceso al expediente, no concretando la documentación a consultar y que no consta en el expediente que dicho acceso se haya producido a la fecha de presentación del recurso ante el Tribunal.

Comprueba así mismo que la información contenida en la notificación de la exclusión y en el acta de la Mesa, y publicada ésta última en el Perfil el día 3 de septiembre, contienen las razones que motivan la exclusión, la cual se centra en la falta de capacidad, por falta de encaje del objeto social en lo que constituye el objeto del contrato en cuestión.

Como señalaba el Tribunal de Recursos de Madrid, Resoluciones 184/2018 y 351/2017, *“en el artículo 29 del RPERMC, al regular la instrucción del procedimiento de recurso, contempla la puesta de manifiesto del expediente y alegaciones. La previsión reglamentaria pretende que la falta de motivación en los actos notificados o la falta de información no impidan a los interesados el ejercicio del derecho a recurso contra las decisiones en materia contractual. Por ello se regula el derecho de acceso en una fase previa a la interposición y como garantía de tal derecho.*

En este caso, no consta que se haya denegado acceso al expediente y la información es pública y accesible a cualquier licitador interesado, de hecho la recurrente ha podido fundamentar suficientemente su recurso. Por lo que no cabe admitir que haya existido indefensión que pueda justificar la petición de nulidad de la misma, por lo que debe denegarse el acceso solicitado.”

La doctrina sentada por el Tribunal Central, Resoluciones nº 741/2018, 655/2017 o 131/2015, viene vinculando el derecho de acceso con la motivación del acto a recurrir y la interdicción de la indefensión, destacando que *“debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la resolución 852/2014 (de la que es en gran medida tributaria la exposición precedente), en tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa*

del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.”

En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonaba como sigue: *“Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar.”*

En análogo sentido, la resolución 221/2016, que señala que *“En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar”.*

Ante la solicitud de acceso formulada en relación con la controversia planteada en la Resolución 606/2018, el Central concluía que *“parece que a la vista del recurso no se antoja necesario ya que han podido impugnar y alegar cuantos motivos han deseado sin que se genere indefensión ya que se impugna por ejemplo la valoración técnica teniendo cumplido conocimiento del informe de valoración. Es por ello que podemos citar por todas la Resolución nº 221/2018 de 12 de marzo de 2018 que señala:*

“En definitiva, la actora ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente. Y es que figura en la Resolución de adjudicación la información que fija el artículo 151.4 TRLCSP como necesaria para que la notificación de adjudicación permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

Todo ello, unido a la imprecisión y falta de concreción de la relevancia que tiene la denegación a sólo una parte de la oferta presentada por la adjudicataria hace que necesariamente este Tribunal desestime su pretensión pues ningún derecho es absoluto ni menos aún si resulta indebidamente ejercido por su generalidad en la invocación del mismo.

(...)

La puesta de manifiesto del expediente en esta sede de revisión ha de ser enjuiciada en sus justos términos, pues su recta interpretación ha de estar guiada por el principio de evitar indefensión en el recurrente, de tal suerte que se manifieste que la privación de tal derecho por el órgano de contratación haya provocado un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica.

El Tribunal, en este caso, observa que la recurrente muestra un conocimiento puntual sobre todo lo ocurrido en el curso del procedimiento de licitación, y dado que el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015 está redactado en términos potestativos “podrá”, sumado a la fundamentación del recurso en lo que a la valoración de los criterios de adjudicación se refiere como veremos más adelante, estimamos que no procede dar trámite a lo instado por el recurrente, sin que pueda por tal motivo apreciarse causa generadora de indefensión.”

Pues bien, también en este caso y a la vista de la información disponible por el recurrente, entiende este Tribunal que éste ha podido articular el recurso contra el acto objeto del mismo, cual es la exclusión, por lo que en aras de los principios antiformalistas, de agilidad y eficiencia procedimental, debe entrarse a resolver el fondo del asunto.

En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que el acto notificado debe ser completo y dar argumentos suficientes al licitador del porqué de su exclusión. En esta línea, en nuestra Resolución 4/19, manifestábamos que “el cumplimiento del deber de motivación que a la Administración corresponde exige la puesta en conocimiento de los interesados de aquella información que les permita ejercitar con garantía sus derechos de defensa, de ahí la necesidad de que si tal información no se deriva del propio acuerdo de adjudicación, se acompañe la notificación de éste de todos aquéllos informes que le sirven de fundamento, y que constituyen, como ya se ha dicho y viene siendo aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, su motivación “*in aliunde*”. Esta cuestión, cobra especial relevancia a raíz de la ampliación del ámbito objetivo de los actos susceptibles de recurso especial efectuada por la LCSP de 2017, cuyo art. 44 amplía los supuestos anteriormente contemplados, estableciendo expresamente la posibilidad de impugnación de los actos de trámite por los que se admiten e inadmiten licitadores, o se admiten o excluyen ofertas.

En sentido análogo, se manifiestan otros órganos de resolución de recursos, pudiendo traerse a colación las resoluciones 81/2018, 947/14, 135/15, 328/15 o 67/2013 del Tribunal Central, 328/2016 del andaluz, o 41/2014 del Tribunal de Madrid). Como indicaba el Central en su Resolución 67/2013, “*La cuestión que se suscita en el recurso es si la información facilitada a la recurrente por el órgano de contratación, es conforme con las normas que se establecen en el artículo 151.4 del TRLCSP, respecto a la notificación: “La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta...”*. De acuerdo con ello y como ha manifestado este Tribunal en reiteradas ocasiones, entre otras, en su Resolución 92/2012, para que las notificaciones puedan considerarse válidas “no basta con reseñar indicaciones genéricas. De acuerdo con el artículo 151.4 el acto de información se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene los elementos que permitan al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de

los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, generándole indefensión y provocando recursos innecesarios”.

Como hemos tenido ocasión de señalar, a la vista del contenido del acto notificado y del acta de la Mesa, ambos conocidos y en poder del recurrente, según el mismo manifiesta en su escrito, debe considerarse la posibilidad de deducción sin dificultades de cuál es motivo de la exclusión, pudiendo concluirse que el recurrente dispone de la información y motivación suficiente, con arreglo al art. 151 de la LCSP, para ejercitar con garantías, su derecho a oponerse a la exclusión, sin que se haya producido indefensión.

En consecuencia, entiende este Tribunal, que la vista del expediente en vía de recurso nada aportará en orden a argumentar contra la exclusión recurrida, ya que el recurrente ha tenido conocimiento de los elementos de juicio que han servido de base al acto de exclusión impugnado, no justificándose la necesidad de dicho acceso para fundar el recurso y articular su defensa. Los fundamentos de la exclusión, reflejados en el Acta, han sido conocidos por el recurrente de manera suficiente para argumentar en contra, si así lo estima, por lo que dicha vista y la ampliación de plazos solicitada únicamente redundaría en una dilación, que no consideramos, a la vista de las circunstancias, procedente. Cuestión distinta será si tal incumplimiento resulta motivador de una exclusión, extremo que pasamos a analizar en el siguiente punto.

QUINTO.- Dispone el art. 65 de la LCSP que *sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

Dicho requisito de capacidad para personas jurídicas que tengan intención de contratar con la Administración pública aparece recogido en el art. 66 del LCSP, conforme al cual *“1.Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.”*

Procede ahora entrar a examinar si la recurrente tenía o no capacidad para contratar en el concreto procedimiento de contratación y si, de no tenerla, es admisible la subsanación que presentó.

En cuanto a la apreciación del objeto social, existe una clara tendencia a la interpretación flexible del concepto, entendiéndose que la ley no exige la identidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias con las del objeto contractual, de modo que basta con la simple valoración de hallarse incluidas tales prestaciones en el objeto social.

La apreciación amplia que del objeto social debe hacerse es doctrina reiterada mantenida por órganos Consultivos (JCCA, Informe 4/99, 20/00, 32/03, JCCA Aragón, Informe 2/2013, Baleares, Informes 11/2002 y 11/2008, Cataluña , Informe 8/2005), órganos de Resolución de recursos especiales en materia de Contratación (Tribunal Central, Resoluciones 606/2018, 105/2018, 188/2015, 552/2014483/2013, 174/2013, Tribunal de Madrid, Resoluciones 386/2017) y la propia jurisprudencia (STS

879/2018), considerándose, como afirmaba el Tribunal Central en su Resolución 483/2013 que *“La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia. En este sentido, son numerosos los informes de los órganos consultivos en materia de contratación sobre la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas licitadoras ampare la actividad concreta del objeto de la prestación que se contrata. (...)*

En consecuencia, la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social, por lo que habrá que atender a la delimitación del objeto social que se contenga en los estatutos de la sociedad. En este punto, como señalan los órganos consultivos, entre los que citamos expresamente los informes 2/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y 11/08, de 30 de abril de 2009 de la Junta Consultiva de Baleares, así como las resoluciones de este Tribunal, por ejemplo, la Resolución 174/2013, de 18 de abril, por referencia a la 148/2011, de 26 de octubre, la Ley no exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, entendiendo que la interpretación del artículo 57.1 del TRLCSP debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa.”

Partiendo, pues, de esta interpretación flexible, hemos de analizar ahora cuál es el objeto social de la recurrente, teniendo en cuenta, además, que se trata de una UTE.

El RLCAP en su artículo 24.1, R.D. 1098/2001, explicita que en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, acumulándose a efectos de determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma.

Como vienen manifestado los órganos encargados de la resolución de recursos en materia contractual, cuando dos o más empresas concurren con el compromiso de constituirse en UTE, los requisitos de capacidad de obrar han de cumplirse por todas y cada una de ellas, no debiéndose admitir aquellas proposiciones en que alguna de las empresas no reúna los requisitos de capacidad de obrar previstos legalmente. Todas las empresas integradas en la UTE tienen que acreditar, al menos, una relación directa o indirecta, ya sea total o parcial entre su objeto social y el objeto del contrato, considerándose que la UTE no cumple con el requisito de capacidad de obrar cuando el objeto social de alguna de las empresas que la integran no guarde relación con alguna parte o partes del objeto del contrato en cuestión.

Conforme a la Certificación de Inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Mesa, comprueba que el objeto social de dichas entidades no ampara las actividades de las prestaciones que comprende el objeto del contrato, por lo que cursa requerimiento de subsanación.

Concretamente, el objeto social que refleja la inscripción en el Registro es:

TCA CARTOGRAFIA Y GEOMÁTICA, S.A.

Art. 2.- OBJETO. La sociedad tiene por objeto:

a) La realización y gestión, tanto para el sector privado como para el sector público, de toda clase de trabajos, tanto técnico como administrativo, que sirvan directa o indirectamente para:

- La confección, implantación, conservación y gestión de inventarios y registros de riqueza, catastro, tanto rústicos como urbanos, cartografía, artes gráficas y bancos de datos en general y captura de información territorial mediante todo tipo de procedimientos terrestres y aéreos; desarrollo, implantación, ejecución, producción, comercialización, mantenimiento y asistencia técnica de sistemas de información y geoinformación de cualquier naturaleza.
- El desarrollo, implantación, comercialización, formación y prestación de servicios de mantenimiento de software propio o ajeno
- Proyectos de concentración parcelaria en todas las fases de ejecución.
- Elaboración de informes técnicos y de revisión, servicios relacionados con la recaudación, la gestión tributaria, la información, en general, cualquier otro que pueda ser prestado legalmente.
- La producción, conservación y modificación de mapas y cartografía, tanto topográfica como temática, por todo tipo de procedimiento.
- La prestación de servicios de topografía, fotogrametría y geomática, incluso la comercialización, venta y alquiler de artículos topográficos y fotogramétricos.
- Actuar técnicamente en actividades expropiatorias.
- La participación y la representación de empresas similares o afines y la explotación de patentes, marcas, modelos, procedimientos y productos cartográficos, topográficos, fotográficos y fotogramétricos relacionados con los fines recogidos en los párrafos anteriores.

b) Consultoría y asesoramiento en la prestación de servicios al sector público.

c) La colaboración con el sector público en la gestión completa y recaudación de tributos de su competencia, de todo el proceso de puesta al cobro y gestión de cobro de recibos, liquidaciones, autoliquidaciones y sanciones, cierre del periodo voluntario y pase al ejecutivo, gestión completa de todo el procedimiento ejecutivo, gestión completa del procedimiento tributario, mantenimiento de los censos y gestión de completa del procedimiento inspector y sancionador, elaboración de planes de inspección, comprobación e investigación de los hechos, elaboración de actas, liquidaciones y expedientes sancionadores, gestión completa del procedimiento sancionador de la Ley de seguridad vial. En general todas las actuaciones preparatorias, técnicas y auxiliares que conlleven la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos.

d) Asesoramiento urbanístico en desarrollo de suelos, redacción, confección, gestión de documentos de ordenación territorial, planeamiento general, instrumentos de desarrollo urbanístico, documentos de ordenación territorial, documentos de planificación de desarrollo y en general cualquier acto necesario en derecho para planificar ordenación del territorio y su desarrollo urbanístico jurídico-físico del que fuere competente el Sector Público, abarcando de igual modo la iniciativa privada.

e) En ningún caso la sociedad podrá realizar ninguna de las actividades determinadas en las letras anteriores que impliquen ejercicio de autoridad o no estén permitidas legalmente.

f) Las actividades recogidas en las letras anteriores podrán ser desarrolladas por la Sociedad, total o parcialmente y de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo.

TRABAJOS CATASTRALES, S.A.

La sociedad tiene por objeto:

a) La realización y gestión, tanto para el sector privado como para el sector público, de toda clase de trabajos, tanto técnico como administrativo, que sirvan directa o indirectamente para:

- La confección, implantación, conservación y gestión de inventarios y registros de riqueza, catastro, tanto rústicos como urbanos, cartografía, artes gráficas y bancos de datos en general y captura de información territorial mediante todo tipo de procedimientos terrestres y aéreos
- El desarrollo, implantación, ejecución, producción, comercialización, mantenimiento y asistencia técnica de sistemas de información y geoinformación de cualquier naturaleza
- La realización de asistencias técnicas para control y gestión de ayudas censos e impuestos, relacionados con cualquier tipo de actividad mediante el uso de tecnología de teledetección, toma de datos en campo y explotación de bases de datos informáticos.
- La elaboración de informes técnicos y de revisión, servicios relacionados con la recaudación, la gestión tributaria, la información, en general, cualquier otro que pueda ser prestado legalmente.

b) La prestación de servicios de apoyo técnico o tecnológico que le pueda ser encomendada por los Departamentos del gobierno de Navarra en los respectivos ámbitos de sus competencias, excepto que la ley requiere para ello la colegiación específica o inscripción en algún Registro Oficial

c) El suministro y en general el comercio de todo tipo de equipamiento informático, programas de ordenador y técnicas informáticas

d) La realización de toda clase de notificaciones que proceda efectuar por las Administraciones Públicas, así como realización de actuaciones materiales de reclamación de deudas y de prestación de declaraciones y de gestión de cobro acerca de los deudores de dichas Administraciones.

e) La participación y la representación de empresas similares o afines a la explotación de software relacionado con los fines recogidos en las letras anteriores.

f) Cualquier otra actividad relacionada con el ámbito de Hacienda y Patrimonio que le sea encomendada por el Gobierno de Navarra competente en la materia.

g) Las mencionadas actividades integrantes del Objeto Social podrán ser realizadas por la Sociedad Total o parcialmente de modo indirecto, a través de su participación en cualquier otro tipo de sociedad, asociación, entidad u organismo público o privado, con o sin personalidad jurídica, de objeto análogo o idéntico. Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad.

h) La sociedad no podrá realizar ninguna de las actividades determinadas en los párrafos anteriores en el caso de que impliquen directa o indirectamente ejercicio de autoridad y otras potestades inherentes a los poderes públicos y, en todo caso, aquellas que no estén permitidas legalmente.

Siguiendo los criterios interpretativos enunciados anteriormente, aun partiendo del criterio de amplitud en el examen de la adecuación del objeto social de la empresa al

objeto del contrato, resulta clara la falta de relación directa o indirecta entre la actividad y el objeto social de las empresas y la actividad a contratar, no amparando las prestaciones de las distintas fases que comprende el objeto del contrato, por lo que hemos de concluir que el recurrente no acreditaba disponer de la capacidad necesaria para la concurrencia al procedimiento de licitación.

En trámite de subsanación, con 26 de agosto, se aporta la siguiente documentación:

- Certificado emitido por el Secretario del Consejo de Administración de TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A., del acta de la reunión celebrada el 15 de julio de 2019 por la Junta General Extraordinaria de la entidad en la que se acordó la ampliación del objeto social para dar cobertura a las prestaciones del contrato, sin que conste acreditación de inscripción de dicha modificación en el Registro Mercantil.

- A dicho certificado acompaña escrito en el que alegan lo siguiente: *“Que, por un lado, TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A., adoptó, entre otros acuerdos, en la sesión de su Junta General de Accionistas de fecha 15 de julio de 2019 el de ampliar el alcance de su objeto social **para recoger diversas actividades que no se encontraban contempladas en sus anteriores estatutos**; dicho acuerdo se encuentra en proceso de elevación a público, sin haber concluido a la fecha del presente, pero lo hará a la mayor brevedad posible. Se entrega copia del certificado del contenido de los acuerdos adoptados en dicha sesión de la Junta General.”*

Fuera del plazo otorgado para la subsanación, con fecha 27 de agosto de 2019 aportan Escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados, fechada el mismo 27 de agosto.

Para la acreditación de la capacidad de obrar dispone el artículo 84 de la LCSP que *“La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate.”*

En relación con esta modificación estatutaria, resulta procedente analizar su eficacia frente a terceros, teniendo en cuenta, además, que como dispone el art 140.4 de la LCSP *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.”*

A este respecto, el artículo 290 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, dispone:

“1. En todo caso, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

2. Una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales”.

En relación con la inscripción de los acuerdos de modificación de los estatutos, la doctrina considera que su no práctica no obsta a su validez, de modo que la ausencia

de éstos (de los requisitos formales exigidos por el mencionado artículo 290), sea porque el acuerdo de la junta no se eleva a escritura pública, sea porque ésta no se inscribe, sea porque la inscripción no se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no afecta a la validez del acuerdo regularmente adoptado. Siguiendo en este punto el criterio doctrinal y jurisprudencial más extendido, hay que afirmar que esos requisitos formales, y particularmente la inscripción registral, no tienen carácter constitutivo para la existencia o la validez del acuerdo de modificación. Son presupuesto de eficacia y oponibilidad frente a terceros, pero no en el ámbito interno donde se establece la relación entre la sociedad y los socios. Frente a éstos, cuyo conocimiento, o posibilidad de conocimiento, se supone, dado que participaron, o pudieron participar, en su adopción, el acuerdo es eficaz y oponible, con independencia de que asistieran a la junta o no, y que votaran a favor, en blanco o en contra, habida cuenta del principio de vinculación o sometimiento de todos los socios, incluso los disidentes o ausentes, a los acuerdos de la junta.

De este modo, y bajo estas premisa, en su Resolución 614/2016, el Tribunal Central concluía que si a la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas, así como también a la fecha en que finalizó el plazo de subsanación concedido, la modificación estatutaria no consta inscrita en el Registro Mercantil, la mercantil recurrente carecía de legitimación, al quedar el objeto del contrato fuera de su ámbito de actuación, no siendo oponible a tales fechas la modificación societaria que se acordó por la Junta de socios y elevó a escritura pública en fechas posteriores.

En la misma línea, en su Resolución 188/2015, el Central argumentaba que *“la publicidad con eficacia para tercero de los estatutos que contienen el objeto social surge de su inscripción en el Registro Mercantil (artículos 7, 8 y 9 del RRM), y es por ello que son los documentos inscritos los que deben ser examinados para acreditar la capacidad del contratante (artículo 72.1 del TRLCSP), sin que la fe pública registral pueda ser sustituida”*. En el caso examinado, el Tribunal analizaba la validez subsanatoria del defecto de falta de objeto social mediante la aportación de una escritura pública en que consta el acuerdo modificativo del objeto social, otorgada después del plazo de presentación de proposiciones y dentro del plazo de subsanación.

Tribunales de contratos y Juntas Consultivas han configurado una sólida doctrina al respecto de la subsanación, Central, Resoluciones 297/12, 972/2016, 1076/16, 497/2017, Andalucía 230/2017, 77 y 78/2017, 6/2019, Euskadi, Resolución 10/2012...), que atribuye el carácter de subsanables a los defectos relativos a la acreditación de requisitos, pero no así al cumplimiento del requisito en cuestión, el cual debe existir en el momento correspondiente.

La atribución de subsanables a los defectos relativos a la acreditación, no al cumplimiento del requisito *per se*, se recoge asimismo por la jurisprudencia, STSJ de Asturias 170/2019, de 11 de marzo.

También este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión, Resoluciones 1/2013, 25/16 o 4/19, manteniendo que, aunque no se puede establecer una lista exhaustiva de los posibles defectos que deben considerarse subsanables, se consideran de este tipo cuando se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Así mismo, se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos

para concurrir siempre que el contenido de los mismos, como elemento acreditativo, exista en el momento en el que se presente y en el momento en el que concluya el plazo de presentación de proposiciones.

El Informe número 53/2010, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de Competencia, indicaba que *"en los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y acertada en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, en el que señala como una regla aplicable por todos, que es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. El segundo criterio está referido a que la subsanación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 83.6 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, no puede ser aplicada en las proposiciones de las empresas.(...) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que, sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación (...) Esta Junta Consultiva entiende que ante este tipo de supuestos procede diferenciar dos situaciones:*

a) En primer lugar, si la Mesa de Contratación concluyese que el objeto social que consta en los Estatutos podría acreditarla capacidad del licitador, pero en su formulación el texto ofrece dudas por lo sumario del mismo, por su imprecisión o por alguna diferencia terminológica respecto del pliego, como parece ser el caso, en ese supuesto esta Junta entiende que la capacidad del licitador habrá existido con anterioridad a la fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones y, por lo tanto, será un defecto subsanable mediante la aclaración del objeto social con el fin de darle un perfecto encaje en él a lo exigido por los pliegos.

b) Si, por el contrario, el objeto social de la entidad licitadora desde antes de la expiración del plazo de presentación de proposiciones es diferente del objeto social exigido por los pliegos a efectos de acreditar la aptitud de la empresa y, por lo tanto, fuera necesaria una modificación que innovara en el objeto social, esto es, que fuera más allá de una mera aclaración del mismo, en ese caso, estaríamos ante un defecto insubsanable."

En la misma línea, el Informe 10/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, concluye que Los acuerdos de modificación estatutaria por los cuales las empresas licitadoras adaptan su objeto social al objeto de un contrato público deben constar en escritura pública e inscritos en el Registro Mercantil en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, a efectos de acreditar la capacidad de obrar.

En su Resolución 188/15, citando las Resoluciones números 247/2011, de 26 de octubre, 509/2013, de 14 de noviembre y 279/2014 de 28 de marzo, y el Informe número 53/2010, el Tribunal Central, concluye que *"de acuerdo con esta doctrina, la modificación del objeto social operada por la recurrente el 19 de enero de 2015 y presentada a la mesa de contratación el 20 de enero para ajustarlo al objeto del contrato licitado no puede admitirse como subsanación, tanto más cuanto el título presentado carece de efectos respecto de terceros al no haber sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil, sino de mero asiento de presentación"*, declarando conforme a derecho el acto de exclusión recurrido. En la número 614/16 no considera oponible a terceros una modificación societaria no inscrita en el Registro Mercantil.

Ante el cumplimiento del requisito de capacidad a posteriori de finalizar el plazo para presentar las proposiciones económicas, la Resolución 208/2013, y dado que el propio recurrente parece considerar que la subsanación se producía con la ampliación del objeto social y esta no es posible admitirla por ser la escritura de elevación a público de acuerdos sociales posterior al plazo para presentar las proposiciones, el Tribunal Central desestima el recurso planteado contra el acuerdo de exclusión

La no acreditación de la capacidad de obrar requerida, lleva al Tribunal de Madrid, en su Resolución 386/2017 a la desestimación del recurso contra la exclusión.

A la vista de lo expuesto, y habida cuenta que, como bien señala el órgano de contratación en su informe, *“En el escrito de alegaciones que acompaña a la documentación aportada en el plazo de subsanación, ambas entidades reconocen que no es posible acreditar la concurrencia de las circunstancias relativas a la capacidad conforme a lo exigido en la normativa expuesta, al encontrarse el acuerdo de ampliación del objeto social en proceso de elevación a público.*

Visto lo anterior, no puede estimarse las pretensiones de las empresas TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A, y TRABAJOS CATASTRALES, S.A., de admitir la documentación aportada en periodo de subsanación, consistente en la ampliación del objeto social para dar cobertura a las prestaciones objeto de contratación, puesto que, si bien dicho acuerdo fue adoptado antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones, no cumplía con el requisito de inscripción en el Registro Mercantil que exige la normativa vigente (art. 290 del art. 290 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y el art. 84 de la LCSP).”, sin que, además, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 140.4 y la doctrina expuesta, pudiera, eventualmente admitirse como subsanación la elevación a públicos de los acuerdos sociales, que no la inscripción en el Registro, con fecha 27 de agosto, y presentada una vez concluido el plazo de subsanación, por lo que, en el caso que nos ocupa, carece de relevancia la alegación relativa al carácter de naturales dado a los días de plazo para subsanar, sin perjuicio considerarse éste ajustado a derecho, conforme al art. 141.2, la D.A. 12 LCSP, la Cláusula 10.1 del PCAP y el requerimiento efectuado, o su posible ampliación, dado que no cambiaría el pronunciamiento en orden a la capacidad de obrar que se cuestiona.

La concurrencia de falta de capacidad de obrar constatada en los términos expuestos, han de llevarnos necesariamente a la desestimación del recurso que contra la exclusión, basada y fundamentada por el órgano de contratación en ese motivo, se plantea, no pudiendo admitirse como subsanación la documentación presentada, tanto más cuanto el título presentado carece de efectos frente a terceros, al no haber sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil, sino de mero objeto de presentación.

En consecuencia, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la improcedencia, en vía de recurso, del acceso al expediente 2019/000400, tramitado por el Servicio de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Sevilla, no justificándose la necesidad de dicho acceso para fundar el recurso contra la exclusión y articular su defensa, de acuerdo con lo expresado en el Fundamento Jurídico Cuarto de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por J.M.L.S, en nombre y representación de TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. y A.B.D.D., en nombre y representación de TRACASA, S.A., representando ambos a la UTE THEMIS ARQUEOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA, contra la exclusión resuelta por la Mesa única de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla, en relación con la contratación del “**Servicio de exhumación, preservación y custodia de restos óseos y muestras biológicas de la Fosa Pica Rreja del cementerio San Fernando de Sevilla.**”, (Expediente 2019/000400).

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES